

## **ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO**

### **INFORME 3/2015**

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 3/15 (R — 612015)

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídica del Estado ha examinado su proyecto de informe sobre la posibilidad de que la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos SA. (ENRESA) utilice a la Empresa para la Gestión de Residuos industriales SA. (ENGRISA) como medio propio y servicio técnico. En relación con dicha cuestión, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

Dando por reproducidos los antecedentes que se recogen en el proyecto de informe, debe indicarse que el artículo 4.1 n) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), dispone que están excluidos de su ámbito de aplicación “los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación...

Por su parte, el mencionado artículo 24.6 del TRLCSP dispone lo siguiente:

“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sea de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

De las previsiones contenidas en los artículos 4.1 .n) y 24.6 del TRLCSP se desprende que, para que un determinado ente del sector público pueda ser considerado como medio propio y servicio técnico de un poder adjudicador, y para que, en consecuencia, los negocios jurídicos en virtud de los cuales ese poder adjudicador le encargue la realización de determinadas prestaciones queden excluidos del ámbito de aplicación de ese texto legal, es preciso que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1º) Que el ente de que se trate realice para ese poder adjudicador la parte esencial de su actividad.
- 2º) Que ese poder adjudicador ostente sobre el ente un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios (lo que en todo caso se entiende que ocurre si puede conferirles encomiendas de gestión de ejecución obligatoria, conforme a instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y retribuidas por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa la encomendaria).
- 3º) Que en la norma de creación o en los estatutos del ente se reconozca expresamente su condición de medio propio y servicio técnico de dicho poder adjudicador, precisando el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos.

Del régimen jurídico establecido por el artículo 24.6 del TRLCSP, el requisito relevante, a los efectos del supuesto consultado, es el relativo a que la entidad encomendante ejerza, sobre la entidad que recibe la encomienda o encargo, un control análogo al que ejerza sobre sus propios servicios,

Este requisito es susceptible de dos interpretaciones:

- 1) Una interpretación estricta, basada en el tenor literal del artículo 24,6 del TRLCSP, con arreglo a la cual un ente del sector público única y exclusivamente podría ser medio propio y servicio técnico del concreto poder adjudicador que ostente sobre dicho ente un control análogo al que pueda ejercer sobre propios servicios,2)
- Una interpretación amplia que conduciría entender que la atribución a los entes del sector público de la condición de medios propios y servicios técnicos de un determinado poder adjudicador, para el que realicen la parte esencial de su actividad y que ostente sobre ellos un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios (al que cabría denominar “poder adjudicador matriz”), podría conllevar la extensión de esa condición respecto de otros poderes adjudicadores que, a su vez, se encontraran en una relación de vinculación o dependencia con ese poder adjudicador matriz. Y ello por más que, en el caso de [a relación entre el ente de que se tratara y estos últimos poderes adjudicadores, no concurriesen los requisitos de destino esencial de la actividad y sujeción a su control exigido por el artículo 24.0 de la LCSP, al menos de forma directa, aun cuando pudiera considerarse como suficiente, a los efectos de cumplimiento de las exigencias de ese precepto legal, con su concurrencia en la relación entre el ente y el poder adjudicador que se ha calificado como “matriz”.

Esta última interpretación es la que ha sido seguida por la legislación española como se deduce de las previsiones contenidas en la disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (actualmente, disposición adicional vigésima quinta del TRLCSP) y en diversos Reales Decretos aprobados con posterioridad a la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en las cuales se atribuye a diversos entes del sector público estatal la condición de medios propios y servicios

técnicos tanto de la Administración General del Estado como de sus entes, entidades, organismos y sociedades vinculados o dependientes, pudiendo citarse, en este sentido las siguientes

1º) Disposición adicional trigésima de la Ley 30/2007, de 30 de octubre ("Régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, SA. —TRAGSA- y de sus filiales'):

"2. TRAGSA y sus filiales integradas en el grupo definido en el apartado anterior tienen la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando obligadas a realizar, con carácter exclusivo, los trabajos que éstos les encomienden en las materias señaladas en los apartados 4 y 5, dando una especial prioridad a aquéllos que sean urgentes o que se ordenen como consecuencia de las situaciones de emergencia que se declaren. De acuerdo con esta obligación, los bienes y efectivos de TRAGSA y sus filiales podrán incluirse en los planes y dispositivos de protección civil y de emergencias".

2º) Artículos 2 y 29 del Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre, por el que se crea la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y se aprueba su Estatuto:

- "Artículo 2. Objeto y fines(...)

4. La Agencia Estatal «Boletín Oficial del Estado») se constituye como organismo especializado de la Administración General del Estado para la edición y distribución de publicaciones oficiales y tiene la consideración de medio propio instrumental de la Administración General del Estado y de sus organismos y entidades de derecho público para las materias que constituyen sus fines".

- "Artículo 29. Régimen de contratación (...)

5. La Agencia Estatal «Boletín Oficial del Estado» tiene la consideración de medio propio instrumental de la Administración General del Estado y de sus organismos y entidades de derecho público para la edición, publicación., distribución y venta en las materias que constituyen sus fines.

En virtud de ese carácter, la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de derecho público podrán encomendar directamente a la agencia la realización de trabajos, servicios y encargos sobre las materias que constituyen sus fines, viniendo ésta obligada a la realización y prestación de los mismos en la forma establecida en la Ley de Agencias Estatales, en el presente estatuto y demás normas que resulten de aplicación (.).

3º) Artículo 44 del Real Decreto 184/2008, de 8 febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea:

"Artículo 44. Contratación

3. A efectos de lo señalado en la legislación sobre contratación de los entes del sector público y demás normativa pública de contratación que fuese de aplicación, la Agencia tendrá la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y de sus organismos y entidades de Derecho Público, pudiendo encomendarle la realización de trabajos y tareas incardinadas en el ámbito de

sus competencias. Las encomiendas establecerán los términos y condiciones de realización de los citados trabajos o tareas.

(....)“.

4º) Artículo único del Real Decreto 199/2009, de 23 de febrero, por el que se modifica el Estatuto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, aprobado por el Real Decreto 1114/1999, de 25 de junio:

“Artículo único. Modificación del Estatuto de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, aprobado por el artículo 1 del Real Decreto 1114/1 999, de 25 de junio.

Se modifican los siguientes artículos del Estatuto de la entidad pública empresarial Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda (FNMT-RCM), aprobado por el artículo 1 del Real Decreto 1114/1999, de 25 de junio, que quedan redactados de la siguiente forma:

Dos. Se modifica el artículo 3 del Estatuto de la FNMT-RCM, que pasará a tener la siguiente redacción:

‘Artículo 3. Régimen de contratación

2. La entidad, como medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, de acuerdo con sus fines, estará obligada a aceptar las encomiendas realizadas por el referido poder adjudicador, así como las realizadas por las entidades y organismos públicos vinculados o dependientes del mismo que sean establecidas o, en su caso, autorizadas por la Subsecretaría de Economía y Hacienda, en cuanto órgano directivo de adscripción de la entidad, con competencias para fijar las condiciones y tarifas correspondientes.

(...)“.

5º) Artículo único del Real Decreto 364/2009, de 20 marzo, por el que se modifica el Estatuto del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto 1136/2002, de 31 de octubre:

“Artículo único. Modificación del Estatuto del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas.

EJ Estatuto del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto 1136/2002, de 31 de octubre, y posteriormente modificado por el Real Decreto 591/2005, de 20 de mayo, se modifica en los siguientes términos:

Doce. El artículo 18 queda redactado del siguiente modo:

‘Artículo 18. Régimen de contratación

(...)

2. A los efectos de lo señalado en el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y demás normativa pública que resulte de aplicación, el CEDEX tendrá la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y, en los términos previstos en los

artículos 4,1.n) y 24.6 de dicho Texto Legal, de aquellos entes, organismos y entidades vinculados o dependientes de la Administración General del Estado que, de conformidad con el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, tengan la consideración de poderes adjudicadores”.

6º) Artículo único del Real Decreto 923/2009, de 29 mayo, por el que e modifica el Real Decreto 1214/1997, de 18 de julio, que establece la organización del Centro de Investigaciones Sociológicas:

“Artículo único. Modificación del Real Decreto 1214/1997, de 18 de julio, por el que se establece la organización del Centro de investigaciones Sociológicas.

Uno. Se añade un apartado 3 al artículo 1, con el siguiente contenido:

‘3. El Centro de Investigaciones Sociológicas tendrá la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para la realización de las funciones recogidas en los párrafos a), c) y e) del artículo 3, cuya ejecución será, en tales casos, de obligado cumplimiento.

7º) Artículo único del Real Decreto 1636/2009, de 30 octubre, por el que se modifica el Real Decreto 451/1995, de 24 de marzo, que reorganiza el Organismo Autónomo Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo;

‘Artículo único. Modificación del Real Decreto 451/1995, de 24 de marzo, por el que se reorganiza el Organismo Autónomo Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo.

El Real Decreto 451/1995, de 24 de marzo, por el que se reorganiza el Organismo Autónomo Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo, queda modificado como sigue: (...)

Siete. Se añade un nuevo capítulo V, con un único artículo 13, que queda redactado como sigue:

‘CAPITULO V. Régimen de contratación Artículo 13. Régimen de contratación y consideración del CEHIPAR como medio propio (..)

2. A los efectos de lo señalado en el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y demás normativa pública que resulte de aplicación, el CEHIPAR tendrá la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y los poderes adjudicadores dependientes de ella.

8º) Artículo único del Real Decreto 1637/2009, de 30 octubre, por el que se modifica el Estatuto del Centro Nacional de Información Geográfica, aprobado por Real Decreto 663/2007, de 25 de mayo:

“Artículo único. Modificación del Estatuto del Centro Nacional de Información Geográfica.

El Estatuto del Centro Nacional de Información Geográfica, aprobado por Real Decreto 663/2007, de 25 de mayo, se modifica en los siguientes términos:

(...)

Tres. El artículo 15 queda redactado del siguiente modo:

‘Artículo 15. Régimen de contratación

4. A los efectos de lo señalado en el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y demás normativa pública que resulte de aplicación, el CNIG tendrá la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado, en los términos previstos en los artículos 4.1.n) y 24.6 de dicho Texto Legal, así como e aquellos entes, organismos y entidades vinculados o dependientes de ella que, de conformidad con el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, tengan la consideración de poderes adjudicadores.

9º) Artículo único del Real Decreto 1672/2009, de 6 de noviembre, por el que se modifica el Estatuto del Instituto de Salud Carlos III, aprobado por Real Decreto 375/2001, de 6 de abra:

“Artículo único. Modificación del Estatuto del Instituto de Salud ‘Carlos III’, aprobado por el Real Decreto 375/2001, de 6 de abril, modificado por Real Decreto 590/2005, de 20 de mayo.

El Estatuto del Instituto cte Salud Carlos 111, aprobado por el Real Decreto 375/2001, de 6 de abril, modificado por el Real Decreto 590/2005, de 20 de mayo se modifica en los siguientes términos:

(...)

Ocho. El apartado 8 del artículo 3 queda redactado de la forma siguiente:

8. El Instituto de Salud Carlos III tiene La consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y de sus organismos y entidades de derecho público, en [as materias que constituyen sus fines, y realizará los trabajos, servicios, estudios, proyectos, asistencias técnicas, obras y cuantas actuaciones le encomienden dichos organismos en la forma establecida en la presente disposición.

(...)

El Instituto de Salud Carlos III, actuando con el carácter de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y de sus organismos y entidades de derecho público, no podrá participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores pertenecientes a los mismos, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de las mismas”.

10º) Artículo único del Real Decreto 1681/2009, de 13 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 2950/1975, de 7 de noviembre, que reorganiza el Consejo de Comercio interior y de los Consumidores y crea el Instituto Nacional del Consumo:

“Artículo único. Modificación del Decreto 2950/1975, de 7 de noviembre, por el que se reorganiza el Consejo de Comercio Interior y de los consumidores y se crea el Instituto Nacional del Consumo.

Se modifica el artículo primero del Decreto 2950/1975, de 7 de noviembre, en el que se añaden tres párrafos, con la siguiente redacción:

‘A efectos de lo señalado en la legislación sobre contratación de los entes del sector público y demás normativa pública de contratación que resulte de aplicación, el Instituto Nacional del Consumo tendrá la consideración de medio propio y servicio técnico de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, pudiendo encomendarle la realización de trabajos y tareas en relación a las funciones previstas en los apartados a), b), d), e) y f) del artículo segundo. Las encomiendas establecerán los términos y condiciones de realización de los citados trabajos y tareas.

El Instituto Nacional del Consumo estará obligado a realizar los trabajos que le encomiende la Administración General del Estado y sus organismos públicos en las materias recogidas en el párrafo segundo, y no podrá participar en las licitaciones públicas convocadas por dicha administración si bien, cuando no concurra ningún licitador, podrá encargarse a ejecución de la prestación objeto de las mismas.”.

Si la legislación española ha seguido, como se ha expuesto, el criterio amplio, permitiendo que un ente del sector público sea medio propio y servicio técnico no sólo del poder adjudicador que le controla, sino también de otra entidad controlada por el mismo poder adjudicador, esto es, ha admitido la denominada “encomienda de gestión horizontal”, este mismo criterio ha quedado expresa y formalmente admitido por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Así, en su artículo 12, bajo la rúbrica de “contratos públicos entre entidades del sector público”, dispone lo siguiente:

“1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;
- b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y
- c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Se considerará que un poder adjudicador ejerce sobre una persona jurídica un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, a efectos del párrafo primero, letra a), cuando ejerza una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica, que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador.



El apartado 1 también se aplica cuando una persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se adjudica el contrato, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no otorguen una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

3. Un poder adjudicador que no ejerza sobre una persona jurídica de Derecho público o privado un control en el sentido del apartado 1 podrá, no obstante, adjudicar un contrato público a dicha persona jurídica sin aplicar la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el poder adjudicador ejerza sobre dicha persona jurídica, conjuntamente con otros poderes adjudicadores, un control análogo al que ejerce sus propios servicios;

b) que más del 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores;

c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las modalidades de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones de la legislación nacional, de conformidad con los Tratados, y que no suponga el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

A efectos de la letra a) del párrafo primero, los poderes adjudicadores ejercen un control conjunto sobre una persona jurídica si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

i) que los órganos decisorios de la persona jurídica controlada estén compuestos por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores participantes o a la totalidad de los mismos,

u) que esos poderes adjudicadores puedan ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada, y

iii) que la persona jurídica controlada no persiga intereses contrarios a los intereses de los poderes adjudicadores que la controlan.

, ..y.

A la vista del precepto transcrito, es claro que, como se ha dicho, se admite que una entidad que sea poder adjudicador adjudique un contrato a una persona que esté controlada por el mismo poder adjudicador que controla a aquél —así, el artículo 12.2, inciso inicial, dispone que “el apartado 1 también se aplica cuando<sup>1</sup> la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, adjudica un contrato (...) a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador”—, debiendo tenerse presente que: 1) la Directiva 2014/24/UE admite también que el control no sólo sea directo, sino también indirecto (en este sentido, el artículo 12.1,



párrafo último, dispone en su inciso final que “dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador”); y 2) que la propia Directiva 2014/24/UE, recogiendo la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en diversos pronunciamientos, admite el supuesto de que el medio propio y servicio técnico lo sea de respecto de varios poderes adjudicadores conjuntamente, conforme resulta del apartado 3 del artículo 12 antes transcrito.

En este punto debe indicarse, por tratarse de un extremo de gran relevancia, que, como se desprende de la lectura del artículo 12 de la repetida Directiva, esta norma de Derecho de la Unión Europea establece en la materia que disciplina una regulación muy detallada y pormenorizada que, por ello, hace realmente innecesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional que desarrolle o complete las previsiones de aquélla a fin de posibilitar su efectiva aplicación.

Así las cosas, la cuestión que se suscita consiste propiamente en determinar si el régimen dispuesto por el artículo 12 de la repetida Directiva, esto es, la admisión de la ‘encomienda de gestión horizontal’ resulta aplicable habida cuenta de que habiendo entrado en vigor la Directiva 2014/24/UE, está actualmente pendiente de transposición (el plazo para ello vence el 18 de febrero de 2016, hallándose actualmente redactado un borrador de la futura Ley de Contratos del Sector Público por la que se efectuará la transposición).

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, la anterior circunstancia, esto es, el hecho de que no haya concluido todavía el plazo de transposición, no impide, una vez que la Directiva 2014/24/UE ha entrado en vigor, que pueda aplicarse el régimen dispuesto en su artículo 12, y ello en razón de la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

- a) En primer lugar, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), según la cual durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una Directiva, los Estados miembros destinatarios de ésta deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer el resultado prescrito por ésta
- b) En segundo lugar, es también criterio del TJUE que durante el periodo de transposición de una Directiva los Estados miembros están autorizados a seguir aplicando sus sistemas nacionales, aun cuando no sean conformes con la directiva en cuestión (sentencias de 10 de noviembre de 2005, Stichting ZuidHollandse Milieufederatie, C-316/04, EU:C:2005:678, apartado 42, y de 14 septiembre de 2006, Stichting ZuidHollandse Milieufederatie, C-1381/05, EU:C:2006:577, apartado 42).

Ahora bien, el hecho de que los Estados miembros estén autorizados, durante el periodo de transposición de la Directiva, a seguir aplicando sus normas nacionales, aun cuando no sean conformes con la Directiva pendiente de transposición, no impide que, no haciendo uso de esa facultad de seguir aplicando sus normas internas (la autorización para aplicar sus normas nacionales no es sino una facultad de la que pueden renunciar), puedan aplicar las previsiones de la Directiva, a condición, obviamente, de que no se produzcan perjuicios a terceros.

c) El plazo de transposición de una Directiva impone obligaciones e carácter positivo a los Estados destinatarios. En relación con estas obligaciones, la jurisprudencia del TJUE tiene declarado que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 288 TUE, apartado 3, y por la propia Directiva

Pues bien, si, una vez que ha entrado en vigor una Directiva y durante su plazo de transposición, los estados miembros deben abstenerse de realizar actuaciones que comprometan el resultado previsto por esa nueva norma de Unión Europea, si han de adoptar las medidas necesarias para alcanzar ese resultado y si, y esto es muy relevante, la autorización a seguir aplicando sus normas internas (aun cuando éstas no sean conformes con la nueva Directiva) es en realidad una facultad de la que pueden no hacer uso, lo razonable es entender que, habiendo entrado en vigor la Directiva 2014/24/UE y aunque esté pendiente de transposición, es jurídicamente admisible aplicar las previsiones contenidas en su artículo 12, especialmente cuando, como acontece en el caso que se examina y según lo dicho, el régimen dispuesto en ese precepto es un régimen muy detallado que no hace necesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional para posibilitar su efectiva aplicación y cuando, como se ha razonado, la aplicación del repetido precepto no causa perjuicio a terceros.

Partiendo de la anterior premisa, y sin perjuicio de que se acredite suficientemente el requisito relativo al control de los “poderes adjudicadores matrices” (SEPI y CIEMAT) sobre ENRESA y EMGRISA, no cabe negar, en principio, la posibilidad de que EMGRISA pueda ser considerada medio propio de ENRESA y, por tanto, de que esta última confiera encomiendas de gestión a aquélla desde la perspectiva de dicho requisito si se tiene en cuenta: 1) que ENRESA está controlada por SEPI y por CIEMAT (CIEMAT ostenta el 80% del capital de ENRESA y SEPI ostenta el 20% restante), siendo razonable pensar que el órgano de gobierno o administración de ENRESA está constituido por representantes de SEPI y CIEMAT; y 2) que EMGRISA está controlada indirectamente (recuérdese que el artículo 121, párrafo último, de la Directiva 2014/24/UE admite el control indirecto: “dicho control podrá ser ejercido también por otra persona jurídica que sea a su vez controlada del mismo modo por el poder adjudicador”) por SEPI y CIEMAT, dado que, perteneciendo el capital social de EMGRISA en un 99,61% a ENUSA, esta última sociedad está controlada precisamente por SEPI y CIEMAT (SEPI ostenta el 60% del capital de ENUSA y CIEMAT ostenta el 40% restante), siendo también razonable pensar que el órgano de gobierno o administración de ENUSA está constituido por representantes de SEPI y CIEMAT.

Pudiendo considerarse, a reserva de que se acredite, cumplido este requisito del control, debe indicarse que para que EMGRISA pueda ser considerada medio propio de ENRESA es necesario que se indique expresamente así en los estatutos de la primera entidad, que más del 80% de las actividades de EMGRISA se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por los poderes adjudicadores que la controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores y que las encomiendas que se hagan a EMGRISA queden comprendidas en su objeto social tal y como éste se fija en sus estatutos.

En virtud de todo Lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

#### CONCLUSIONES

Primera.- En razón de las consideraciones expuestas en el apartado II del presente informe, es jurídicamente admisible la aplicación del régimen dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, pese a no haberse efectuado su transposición.

Segunda.- En aplicación del citado precepto y para que la Empresa para la Gestión de Residuos Industriales SA. pueda ostentar la condición de medio propio y servicio técnico de la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos SÁ., deberían cumplirse los requisitos indicados en el apartado II del presente informe.

Madrid, de enero de 2015.

LA ABOGADO GENERAL DEL ESTADO,